



REPUBLIK ÖSTERREICH
HANDELSGERICHT WIEN



Diese Ausfertigung ist rechtskräftig
und vollstreckbar.

Handelsgericht Wien

1030 Wien, Marxergasse 1a
Abt. M, am 2. 6. 2015

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Dr. Alexander Sackl
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung:

11 CG 17/14 h-22

(Bitte in allen Eingaben anführen)

Marxergasse 1a
1030 Wien

Tel.: +43 1 51528 0

Das Handelsgericht Wien erkennt durch den Richter Dr. Alexander Sackl in der

RECHTSSACHE:

Klagende Partei

Verein für Konsumenteninformation
Linke Wienzeile 18
1060 Wien

vertreten durch:

Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte
KG
Ölzeltgasse 4
1030 Wien
Tel: +43 1 713 61 92
Zeichen: SG-13-0039
FB 214452x
000000013610

Beklagte Partei

T-Mobile Austria GmbH Fb 171112k
Rennweg 97-99
1030 Wien

vertreten durch:

Lansky, Ganzger & Partner Rechtsanwälte
GmbH
Biberstraße 5
1010 Wien
Tel: 533 33 300

Wegen: Unterlassung (Streitwert EUR 30.500,-) und Urteilsveröffentlichung
(Streitwert EUR 5.500,-)

nach mündlicher Streitverhandlung zu Recht:

1. Die beklagte Partei ist schuldig, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, den unrichtigen Eindruck zu erwecken, sie böte einen Tarif für mobiles Internet an, der die unlimitierte Nutzung mobilen Internets ermögliche, insbesondere unter dem Namen „Smart Net Unlimited“ und/oder mit der Beschreibung „unlimitiert telefonieren, SMSen, Surfen“ oder „so viel mobiles Internet, wie Sie wollen“ oder sinngleichen Ankündigungen, wenn tatsächlich die Übertragungsgeschwindigkeit ab einer bestimmten Datenmenge, etwa ab 3 oder 6 GB pro Monat, derart reduziert wird, dass das Surfen im Internet faktisch unmöglich gemacht wird, etwa weil eine Reduzierung

auf maximal 64 kbit pro Sekunde vorgenommen wird.

2. Die beklagte Partei ist schuldig, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruchs mit Ausnahme der Kostenentscheidung einmal für die Dauer von dreißig Tagen innerhalb von drei Monaten ab Rechtskraft dieses Urteils auf ihrer Website www.t-mobile.at zu veröffentlichen. und zwar in derselben Schriftgröße und Schriftfarbe sowie mit denselben Zeilenabständen und derselben Hintergrundfarbe, wie im Textteil ihrer Homepage üblich, wobei die Veröffentlichung in Fettdruckumrandung und mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien erfolgen und über einen Link mit der Bezeichnung „Urteilsveröffentlichung“, welcher bei der erstmaligen Ankündigung ihrer Tarife unübersehbar anzubringen ist, direkt aufrufbar sein muss.
3. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung eingeräumt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruchs mit Ausnahme der Kostenentscheidung einmal im Zeitraum von sechs Monaten ab Rechtskraft dieses Urteils auf Kosten der Beklagten im redaktionellen Teil einer Samstagausgabe der Kronen-Zeitung, bundesweite Ausgabe, in Fettdruckumrandung und mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien, ansonsten in Normallettern, das heißt in der Schriftgröße redaktioneller Beiträge zu veröffentlichen.
4. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung eingeräumt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruchs mit Ausnahme der Kostenentscheidung einmal im Zeitraum von sechs Monaten ab Rechtskraft dieses Urteils jeweils auf Kosten der Beklagten durch jeweils einmalige Verlesung in den Fernsehprogrammen ORF 2 und Puls 4, sowie im österreichischen Werbefenster von Pro7, jeweils im Werbeblock vor Beginn des Hauptabendprogramms um 20.15 Uhr, zu veröffentlichen.
5. Die Beklagte ist schuldig, dem Kläger binnen 14 Tagen die mit EUR 13.896,24 bestimmten Kosten (darin enthalten EUR 1.549,- Barauslagen und EUR 2.084,54 USt) zu ersetzen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Außer Streit steht:

Die Beklagte ist Mobilfunkanbieter und bietet Konsumenten Vertragsabschlüsse über Mobilfunkleistungen zu Tarifen mit der Bezeichnung „T-Mobile Smart Net Unlimited“ an. Den Tarifen ist gemeinsam, dass die Downloadgeschwindigkeit nach Erreichen eines bestimmten Datenvolumens sinkt, und zwar von 21 oder 42 Mbits auf 64 kbits.

Die Produkte bewirbt sie in diversen Printmedien wie folgt:



SMART NET

DIE BRANDNEUEN TARIFE VON T-MOBILE

UNLIMITIERT

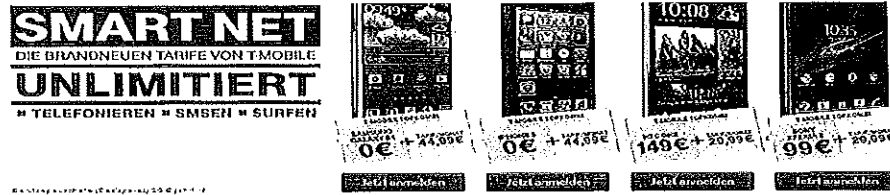
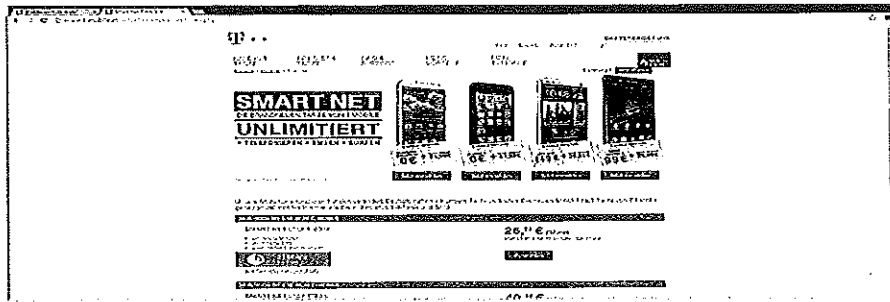
▪ TELEFONIEREN ▪ SMSEN ▪ SURFEN



DAS VERBINDET UNS.

20 € Basispaket jährlich. Nach Verbrauch des Datenvolumens max. 64 kbit/s. Aktion gültig bis 29.09.2013 bei Erstanmeldung im Tarif SMART NET UNLIMITED L (14,99 € mtl.) und 24 Monaten. MVD: 49,90 € Aktivierungsgebühr. UVP: unverbindliche Preisempfehlung des Herstellers. Netztest bestätigt durch T-Comzone 05/2013. Preise und Details: www.t-mobile.net

Die Tarife stellt sie auf einen Werbefolder wie folgt dar:



Unsere Art zu kommunizieren hat sich verändert. Deshalb haben wir unsere Tarife verändert. Die neuen SMART NET Tarife von T-Mobile genau so viel mobiles Internet, wie Sie wollen, plus Telefonie und SMS.

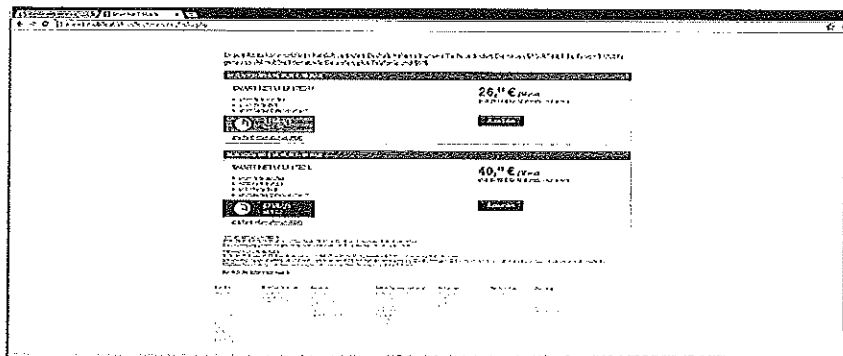
SMART NET UNLIMITED II

- unbegrenzte Minuten
- unbegrenzte SMS
- unbegrenzte Datenvolumen*

26,99 € / Monat
statt 29,99 € für 12 Monate - nur online

Jetzt annehmen

*Alle Tarifinformationen (PDF)



SMART NET UNLIMITED II

- unbegrenzte Minuten
- unbegrenzte SMS
- unbegrenzte Datenvolumen*

26,99 € / Monat
statt 29,99 € für 12 Monate - nur online

Jetzt annehmen

*Alle Tarifinformationen (PDF)

SMART NET UNLIMITED L

- unbegrenzte Minuten
- 200 MB nach Europa
- unbegrenzte SMS
- unbegrenzte Datenvolumen*

40,49 € / Monat
statt 44,99 € für 12 Monate - nur online

Jetzt annehmen

*Alle Tarifinformationen (PDF)

*SMART NET UNLIMITED II
OGK 29,99 € statt 24,99 € - Anschlussgebühr 10,99 € - €5 10 2018, 100% & 80% Bonus
GK 14,99 € statt 14,99 € - Anschlussgebühr 10,99 € - €5 10 2018, 100% & 80% Bonus
---SMART NET UNLIMITED L
OGK 44,99 € statt 40,49 € - Anschlussgebühr 10,99 € - €5 10 2018, 100% & 80% Bonus
GK 20,99 € statt 20,99 € - Anschlussgebühr 10,99 € - €5 10 2018, 100% & 80% Bonus
*Alle Tarifinformationen (PDF)

[Rechtliche Informationen](#)

Unsere Art zu kommunizieren hat sich verändert. Deshalb haben wir unsere Tarife verändert. Die neuen SMART NET Tarife von T-Mobile: genau so viel mobiles Internet, wie Sie wollen, plus Telefonie und SMS.

NUR NOCH BIS 6.10.26,99 € / MONAT!
SMART NET UNLIMITED M

- unlimitierte Minuten
- unlimitierte SMS
- unlimitiertes Datenvolumen*

21 Mbit/s
 bis 3 GB

26,99 € / Monat

statt 29,99 € für 12 Monate - nur online

[Alle Tarif Informationen \(PDF\)](#)

NUR NOCH BIS 6.10.40,49 € / MONAT!
SMART NET UNLIMITED L

- unlimitierte Minuten
- +200 nach Europa
- unlimitierte SMS
- unlimitiertes Datenvolumen**

42 Mbit/s
 bis 6 GB

40,49 € / Monat

statt 44,99 € für 12 Monate - nur online

[Alle Tarif Informationen \(PDF\)](#)

*SMART NET UNLIMITED M
 GGB: 29,99 € statt 34,99 € im Aktionszeitraum (08.07. – 06.10.2013). Minuten & SMS Unlimited
 Die Übertragungsgeschwindigkeit wird nach Verbrauch von 3 GB auf max. 64 kbit/s reduziert.

**SMART NET UNLIMITED L
 GGB: 44,99 € statt 49,99 € im Aktionszeitraum (08.07. – 06.10.2013). Minuten & SMS Unlimited +200 EU Minuten
 Die Übertragungsgeschwindigkeit wird nach Verbrauch von 6 GB auf max. 64 kbit/s reduziert. 200 EU Minuten von Österreich in die EU. Inklusiv Länder sind sämtliche EU Mitgliedsstaaten (ausgenommen Überseegebiete), Lichtenstein, Norwegen und die Schweiz.

Zur Bewerbung ihrer Produkte schaltete die Beklagte auch Fernsehspots, die mehrfach in verschiedenen Sendern (darunter ORF, PULS4 und PRO7) ausgestrahlt wurden. Diese zeigen Folgendes:

In den Bildern wird von einem Mann gleichsam die Geschichte der Kommunikation von der Postkutsche über Telefonzellen, Fernschreiber und PC bis hin zum Smartphone durchwandert. Diese Bilder werden nicht von einem gesprochenen Text begleitet; erst, als der Mann ein Handy zur Hand nimmt, setzt in der 36. Sekunde eine Sprechstimme ein:

„Weil sich unsere Art zu kommunizieren geändert hat. Die neuen Smart Net Tarife. Unlimitiert telefonieren, SMSen und so viel mobiles Internet, wie Sie wollen“

Ab der 42. Sekunde wird groß der Schriftzug „SMARTNET UNLIMITIERT TELEFONIEREN SMSSEN SURFEN“ eingeblendet.

Im kleinerer Schriftgröße erscheint in den Sekunden 44 bis 47 unter anderem der Text „Nach Verbrauch des Datenvolumens max, 64 kbit/s.“

Parteienvorbringen:

der Kläger stellt die im Spruch ersichtlichen Begehren. Die Beklagte habe wettbewerbswidriges Verhalten zu verantworten, weil sie die umworbenen Konsumenten nicht ausreichend über die Drosselung der Downloadgeschwindigkeit aufkläre. Die Drosselung erfolge in einem Ausmaß, das nach der Drosselung die Internetnutzung praktisch unmöglich mache.

Die Beklagte beantragt Klagsabweisung. Internetnutzung sei auch nach Drosselung möglich. Die Kunden würden ausreichend aufgeklärt und zwar insbesondere auch durch Verweis auf die Homepage. Die Werbung sei nicht irreführend, insbesondere weil unterschiedliche Downloadvolumina der einzelnen Tarife angegeben würden. Daraus ersehe der Konsument, dass nach Erreichen des Volumens Konsequenzen geknüpft werden. Ein Urteilsveröffentlichungsanspruch stehe nicht zu, falls doch sei er überschießend. Eine Veröffentlichung auf der Homepage der Beklagten sei ausreichend. Die Ansprüche seien – soweit sie sich auch auf die „Aktion Willi“ stütze verjährt.

Beweismittel:

Beweis wurde aufgenommen durch Einvernahme der Zeugen Klaus Steinmayer, Markus Macher und Paul Srna sowie Einsichtnahme in die vorgelegten Urkunden und Augenscheinsgegenstände.

Sachverhalt:

Folgende konkrete Nutzungseinschränkungen liegen beim Internetzugang nach Einschränkung der Übertragungsgeschwindigkeit auf 64kbit/s vor:

Beim Betrachten von Videos kommt es bei abgesenkter Übertragungsgeschwindigkeit auf 64kbit/s zu dauernden Unterbrechungen.

Das Herunterladen von rund 30 Urlaubsbildern mit einer Größe von je rund 1MB dauert mehr als eine Stunde.

Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus der Aussage sämtlicher vernommener Zeugen. Von der Qualität der Videobetrachtung bei abgesenkter Geschwindigkeit konnte sich das Gericht in der Verhandlung vom 18.3.2015 selbst überzeugen. Die gegen die Demonstration von Beklagtenseite vorgebrachten Einwendungen können daran nichts ändern, gibt doch auch der von der Beklagten namhaft gemachte Zeuge Markus Macher unumwunden zu, dass die Präsentation in der Verhandlung den Zustand bei Videobetrachtung auch bei Geschwindigkeitsabsenkung richtig wiedergibt. Auch dieser Zeuge berichtet verbal von laufenden Unterbrechungen bei der Videobetrachtung. Der Zeuge gibt aber auch unumwunden zu, dass bei abgesenkter Übertragungsgeschwindigkeit das Herunterladen von rund 30 Urlaubsbildern mit einer Größe von je rund 1MB mehr als eine Stunde dauert. Am festgestellten Sachverhalt kann daher nicht gezweifelt werden.

Rechtlich folgt:

Zur Klagsänderung:

Klagsänderungen sind zuzulassen, wenn keine Verzögerung oder Erschwerung des Verfahrens zu befürchten ist. Gegenständlich wurde lediglich ein Eventualbegehren dem ursprünglichen Klagebegehren hinzugefügt, dessen Berechtigung der OGH in seiner Entscheidung vom 21.10.2014 ohnehin schon bejaht hat. Eine Verfahrensverzögerung kann daher nicht eintreten. Die Klagsänderung war daher zuzulassen. Die Aufnahme des Beschlusses in das Urteil ist als Beschlussausfertigung ausreichend (MGA, ZPO¹⁷, E 48 zu § 235 ZPO)

Zum Unterlassungsanspruch:

Beim Irreführungstatbestand ist zu prüfen,

- a) wie ein durchschnittlich informierter verständiger Interessent für das Produkt, der eine dem Erwerb solcher Produkte angemessene Aufmerksamkeit anwendet, die strittige Ankündigung versteht,
- b) ob dieses Verständnis den Tatsachen entspricht, und ob
- c) eine nach diesem Kriterium unrichtige Angabe geeignet ist, den Kaufinteressenten zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er sonst nicht getroffen hätte (stRsp, RIS-

Justiz RS0123292).

Der Bedeutungsinhalt von Äußerungen richtet sich nach dem Gesamtzusammenhang und dem dadurch vermittelten Gesamteindruck, den ein redlicher Mitteilungsempfänger gewinnt (zuletzt etwa 4 Ob 224/08g mwN); gelegentlich wird in diesem Zusammenhang auch vom Verständnis eines „unbefangenen Durchschnittslesers gesprochen“ (RIS-Justiz RS0031883).

Nach diesen Grundsätzen ist somit eine werbliche Angabe, also eine Äußerung mit objektiv feststellbarem Inhalt, unzulässig, die nicht der Wahrheit entspricht oder für die angesprochene Verkehrskreise irreführend ist. Ob eine Angabe oder eine Unvollständigkeit in einer werblichen Angabe zur Irreführung geeignet ist, hängt davon ab, wie die angesprochenen Verkehrskreise die Angaben nach ihrem Gesamteindruck verstehen. Sie sind irreführend, wenn die Vorstellungen, welche die Umworbenen über ihre Bedeutung haben, mit den wirklichen Verhältnissen nicht im Einklang stehen. Ob Irreführungseignung vorliegt ist somit nach dem Eindruck zu beurteilen, den die Werbung auf einen durchschnittlichen informierten und verständigen Verbraucher macht (MGA UWG⁷, E 92 zu § 2 UWG). Zwar sind grundsätzliche nur falsche Behauptungen verpönt, eine an sich richtige Behauptung kann aber unter Umständen den Tatbestand des § 2 UWG dann erfüllen, wenn er von den Personen, an die sie sich wendet, Unwahres entnommen werden kann. Maßgeblich ist nach dem oben Gesagten die Verkehrsauffassung.

Gegenständlich wirbt die Beklagte blickfangartig mit „unlimitiert“, insbesondere was den Internetzugang anlangt. Dabei weist sie nicht in ähnlicher Deutlichkeit (der nur drei Sekunden dauernde Hinweis im Werbespot ist im Laufbild praktisch nicht lesbar) auf die Geschwindigkeitsreduktion hin. Diese ist (unabhängig von der gerichtsbekanntem Tatsache, dass beim Browsen eine bestimmte Downloadgeschwindigkeit aufrecht erhalten werden muss, damit der Vorgang nicht automatisch abgebrochen wird) zweifellos in einem Ausmaß gegeben, die einen üblichen Gebrauch des Internets nach Erreichen des Downloadvolumens in einer so erheblichen Art einschränkt, dass von „unlimitiert“ im allgemeinen Sprachgebrauch nicht mehr die Rede sein kann. Die beanstandeten Werbemaßnahmen der Beklagten sind daher nach den oben dargestellten Kriterien jedenfalls irreführend im Sinne des § 2 UWG. Dies hat auch der OGH in seiner Entscheidung vom 21.10.2014 ausgesprochen und diese Rechtsansicht in seinem Aufhebungsbeschluss dem HG Wien überbunden. Das nunmehr mit Schriftsatz vom 11.3.2015 erhobene Eventualbegehren des Klägers ist daher jedenfalls berechtigt.

Es ist aber auch das Hauptunterlassungsbegehren berechtigt. Der OGH hat in seiner Entscheidung nämlich ebenfalls die Rechtsansicht überbunden, dass auch dem Hauptunterlassungsbegehren dann stattzugeben ist, wenn die Auswirkungen der Geschwindigkeitsreduktion so gravierend sind, dass die Nutzung bestimmter Dienste – wie

etwa das streaming von Videos oder das Herunterladen von Bild- oder Tondateien „faktisch unmöglich“ ist, was dann vorliegt, wenn es beim Betrachten von Videos andauernd zu Unterbrechungen kommt oder das Herunterladen von Bild- oder Tondateien mittlerer Größe mehr als eine Stunde dauert. Beides liegt nach den Feststellungen vor, sodass auch das Hauptunterlassungsbegehren berechtigt ist.

Zum Veröffentlichungsanspruch:

Bei der Beurteilung, ob ein Veröffentlichungsanspruch gemäß § 25 UWG zusteht, kommt es vor allem darauf an, die beteiligten Verkehrskreise über die wahre Sachlage aufzuklären und einer Weiterverbreitung unrichtiger Ansichten entgegenzuwirken. Die beteiligten Verkehrskreise sollen sich entsprechend informieren können, um vor Nachteilen geschützt zu sein (4 Ob 142/08y u.A.). Dieses ist im vorliegenden Fall gegeben. Die Werbung hat sich an eine breite Öffentlichkeit gerichtet. Dabei wurde blickfangartig mit dem irreführenden Schlagwort „unlimitiert“ geworben. Das Publikum hat daher ein Interesse zu erfahren, dass diese Darstellung nicht den gesetzlichen Erfordernissen entsprochen hat.

Was den Umfang der anzuordnenden Veröffentlichung anlangt, ist das so genannte „Aufklärungssynallagma“ tragender Grundsatz. Dementsprechend gilt für Urteilsveröffentlichungen das Talionsprinzip, bzw das Postulat des gleichen Veröffentlichungswertes. Die Urteilsveröffentlichung ist demnach mit dem gleichen Veröffentlichungswert vorzunehmen wie die inkriminierte Veröffentlichung.

Unstrittig ist im vorliegenden Fall, dass die Printwerbung mehrfach in verschiedenen Tageszeitungen geschaltet wurde. Unbestritten ist auch (und ergibt sich aus dem Streuplan) dass der Werbespot mehrfach in verschiedenen Programmen ausgestrahlt wurde. Die beantragte Veröffentlichung ist daher keinesfalls unangemessen und überschießend, wie die Beklagte vermeint, sondern im Gegenteil eher als Minimalvariante anzusehen, um einen ähnlichen Veröffentlichungswert wie die inkriminierten Werbungen zu erlangen.

Betreffend die begehrte Veröffentlichung in der Samstagsausgabe der Kronen-Zeitung ist auch darauf zu verweisen, dass eine solche Anordnung durchaus zulässig ist (vgl etwa 4 Ob 142/08y, 4 Ob 18/08p, 4 Ob 177/02m).

Zum Kostenersatzanspruch:

Der Kläger hat zur Gänze obsiegt. Ihm steht daher gemäß § 41 ZPO voller Kostenersatz zu. Gegen die Höhe der vom Kläger verzeichneten Kosten wurde lediglich eingewendet, dass die Kosten für den Streuplan nicht zu ersetzen seien, da es sich dabei nicht um Kosten handle,

die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlich gewesen seien. Dem ist nicht beizupflichten. Der Streuplan diene zum Nachweis der Häufigkeit der Ausstrahlungen des Werbespots. Die Kosten dafür sind schon deshalb zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlich, weil die Beklagte sogar noch nach Vorweisen des Streuplans ihr Vorbringen eines angeblich überschießenden Veröffentlichungsbegehrens aufrecht erhalten hat.

Handelsgericht Wien, Abteilung 11
Wien, 26. April 2015
Dr. Alexander Sackl, Richter

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG

